



كلية الشريعة والقانون بأسسيوط

التحكيم بين الأفراد في الفقه الإسلامي

أحمد عبد العليم عبد اللطيف

د. / أحمد عبد العليم عبد اللطيف

المدرس بقسم الفقه العام بكلية الشريعة والقانون

جامعة الأزهر بأسسيوط

١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، والعاقبة للمتقين ولا عدوان
الا على الظالمين، والصلاة والسلام على خاتم النبيين وامام
المرسلين سيدنا محمد المبعوث رحمة للعالمين وعلى آله
وصحبه والتابعين باحسان إلى يوم الدين.

وبعد..

فان الله تعالى أرسل رسوله الكريم بدينه القويم ليهدى به
من يشاء الى صراط مستقيم، وأسس شرعه الكريم على أقوى
القواعد وأيسر الطرق، مشيدا بالعدل والحق والتقوى مؤيدا
بالأدلة القاطعة، والحجج الدامغة، التي توصل الحق إلى
اصحابه، فتستقر الاحوال لبنى الانسان ويسود الأمن والأمان
والطمأنينة والاستقرار، ويعم الحب والود والوئام أرجاء العالم
الذى يعانى آثار الظلم والجور والانتقام، ولتطبيق هذا شرع
الحكم بين الناس لرفع الظلم عن المظلومين، وإيقاع العقاب
بالخارجين والمارقين، وأمر الذين يحكمون بين الناس أن يحكموا
بالعدل وعدم الميل والانحياز لاحدهما حتى فى النظرة، والتحكيم
مظهر من مظاهر الفصل بين الخصوم، يوجد باختيارهم
ورضاهم، ومن ثم كان من الواجب اظهار احكامه، حتى يتسنى
التعرف عليه فى يسر وسهولة.

والله ولى التوفيق،،

أهمية البحث:

فى التحكيم تيسير على الناس خاصة فى عصرنا هذا حيث يطول زمن التقاضى نظراً لتزاحم المنازعات، وكثرة الخصومات الملقاة على عاتق القضاة ناهيك عن كثرة الاجراءات، والمؤن من رسوم التقاضى، وأجر الوكيل (المحامى) أونحو ذلك من المؤن التى قد تساوى الحق أو تزيد عليه فى بعض المنازعات، الأمر الذى قد يؤدى بدوره إلى هجر أصحاب الحقوق لحقوقهم ابتداء بعدم الذهاب الى مجالس القضاء (المحاكم) أو هجرها اثناء نظر الخصومة، وفضلا عن هذا فان طول الاجراءات يؤدى الى التحايل من جهة من عليه الحق، فاذا كان من عليه الحق يعلم جيدا طول الاجراءات، وحن أجل الاداء، ماطل فى الاداء حتى يضطر صاحب الحق إلى اللجوء الى القضاء فتتاح الفرصة أمام المدين بسبب كثرة الاجراءات وطول امد التقاضى، وهذا فى حقيقته يلحق الضرر بأصحاب الحقوق وهو ممنوع شرعا لقول الرسول صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار "

كذلك واذا كان التحكيم يتم بارادة المتخاصمين، كان الحكم الصادر من الحكم محلا لقبول الخصوم ورضاهم به حقيقة وحكما، خاصة إذا ما كان المحكم مشهورا بالعدل والورع والتقوى، الذى بدوره يؤدى الى قطع النزاع حقيقة وحكما، حقيقة بالوصول الى الحق، وحكما بايجاد المودة والمحبة بين الخصمين بعد الحكم، بخلاف الحكم الصادر من القاضى فهو وان كان

يقطع النزاع ويأخذ بيد صاحب الحق في الوصول إلى حقه إلا أنه ينطوى على الإلزام بالتقاضي، الذي قد يورث الضغينة، وقد قال سيدنا عمر ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فإن فصل القضاء يورث بينهم الضغائن، وبالصلح يحصل المقصود من القضاء، والتحكم في حقيقته صلح، والحكم يصلح بين الناس، بتحكيمة وما أخرج الناس إلى التصالح بطريق التحكيم.

وهذا لا يعني ترك القضاء فإن القضاء هو الأصل في الفصل في سائر الخصومات، والحاك العقوبات بالخارجين والمارقين وولايتة ولاية عامة، وتعيين القضاة واجب على الإمام، فلا يستقيم حال ولا يستقر أمر بغير قضاء عادل، وإنما المراد بيان محاسن التحكيم للعمل به بجانب القضاء في المنازعات التي يجوز فيها، تخفيفا عن كاهل القضاء وتعاوناً معه، وعلى الله قصد السبيل.



المبحث الاول

فى

تعريف التحكيم، وركنه، ووصفه الشرعى، ودليله

أولاً: تعريف التحكيم:

التحكيم فى اللغة مصدر من حكم بالتشديد أى فوض اليه الحكم، أو أمر بالحكم، أو أجاز حكمه، يقال حكموه فيما بينهم أى أمروه أن يحكم، ويقال حكمنا فلاناً فيما بيننا أى أجزنا حكمه بيننا، وقال حكمته فى مالى إذا فوضت اليه الحكم فيه.^(١)

وفى اصطلاح الفقهاء يطلق ويراد به تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما.^{(٢) (٣)}

(١) لسان العرب لابن منظور ط دار احياء التراث العربى بيروت لبنان ج ٣ ص ٣٧١.

(٢) رد المختار على الدر المختار ط دار احياء التراث العربى بيروت - لبنان ط ثانية ١٤٠٧ هـ ١٩٨٧ م ج ٤ ص ٣٤٧، البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم الحنفى ط دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت لبنان ج ٧ ص ٢٤.

(٣) وانظر هذا المعنى فى الهداية شرح بداية المبتدى للمرغنيانى الحنفى ط مصطفى الحلبي ج ٣ ص ١٠٨، وفتح القدير على الهداية للكمال بن الهمام، والعناية على الهداية للبايرتى ط مصطفى الحلبي بمصر ط اولى ١٣٨٩ هـ - ١٩٧٠ م (=) ج ٧ ص ٣١٦، المنتقى شرح الموطأ للإمام الباجى ط دار الكتاب العربى بيروت لبنان ط ثانية سنة ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م ج ٥ ص ٢٢٦، تكملة المجموع شرح المذهب = لمحمد نجيب المطيعى ط مكتبة الارشاد جدة المملكة العربية السعودية ج ٢٢ ص ٣٣٤، مغنى المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج لمحمد الشربيني ط مصطفى الحلبي بمصر ١٣٧٧ - ١٩٥٨ م شرح منتهى الارادات لمنصور بن ادريس البهوى ط دار الفكر ج ٣ ص ٤٦٧.

ثانيا: ركن التحكيم:

التحكيم عقد من العقود، ومن ثم فينقذ بما ينقذ به أى عقد من الايجاب والقبول بالالفاظ الدالة عليه، وقد ذكر ابن نجيم الحنفى فى كتابه البحر الرائق ما يفيد ذلك بما نصه: (وركنه هو اللفظ الدال عليه مع قبول الآخر، فلو حكما رجلا فلم يقبل لايجوز حكمه). (١) (٢)

ثالثا: الوصف الشرعى للتحكيم:

الوصف الشرعى هو ما يحكم به الشارع على أقوال الانسان أو أفعاله من اباحة، أو وجوب، أو فرض، أو حرمة، أو كراهية. (٣)

والوصف الشرعى للتحكيم عند جمهور الفقهاء هو الجواز أو الاباحة (٤)

وذهب بعض فقهاء الشافعية إلى عدم جواز التحكيم مطلقا، وذهب البعض الآخر منهم إلى جوازه بشرط عدم وجود قاضى بالبلد.

الأدلة:

استدل القائلون بعدم الجواز مطلقا بالمعقول.

(١) البحر الرائق لابن نجيم ج ٧ ص ٢٤، رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ج ٤ ص ٣٤٨.

(٢) انظر هذا المعنى فى المراجع السابقة.

(٣) احكام الاسرة فى الاسلام أ.د/ سعد محمد حسن ط العدوى بأسيوط ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م ص ١٠.

(٤) المراجع السابقة.

ووجهه: ان في جواز التحكيم افتيات على الامام.^(١)
واستدل القائلون بجوازه بشرط عدم وجود قاض بالبلد بالمعقول
أيضا

ووجهه: ان الاصل في الفصل في المنازعات هو القضاء، ولا
يعدل عن ذلك الاصل الا للضرورة وهي عدم وجود قاض في
البلد.^(٢)

واستدل الجمهور بالكتاب، والسنة:
أما الكتاب فقوله تعالى: "فابعثوا حكما من أهله وحكما من
أهلها"^(٣)

وجه الدلالة من الآية:

انه لما جاز التحكيم بين الزوجين دل هذا على جوازه في
سائر الخصومات،^(٤) الا ما استثنى كما سيأتي إن شاء الله تعالى.
وأما السنة: فما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال لابي شريح: (إن الله هو الحكم فلم تكني أبا الحكم، قال إن
قومي إذا اختلفوا في شئ أتوني فحكمت بينهم فرضي كلا
الفريقين بحكمي، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما أحسن
هذا، فمن أكبر ولدك قال شريح قال فأنت أبو شريح).^(٥)

(١) مغنى المحتاج للشربيني ج ٤ ص ٣٧٩.

(٢) المرجع السابق.

(٣) سورة النساء الآية: ٣٥.

(٤) البنائة على الهداية للعيني ط دار الفكر ط أولى ١٤٠١ هـ - ١٩٨١ م ج ٧ ص ٦٦.

(٥) الحديث أخرجه النسائي في سننه من آداب القضاء، وأخرجه أبو داود عن شرح بن
هاني بسند صحيح برقم ٤٩٥٥، النسائي ج ٧ ص ٢٢٦.

وجه الدلالة من الحديث:

ان هذا الحديث يدل على جواز التحكيم لانه لو لم يكن جائزا لما أقر رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا شريح على ما قال، والتقرير أحد وجوه السنة.

وما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم قال: (من حكم بين اثنين تراضيا فلم يعدل بينهما فهو ملعون) ^(١)

وجه الدلالة من الحديث:

أن هذا الحديث يدل على جواز التحكيم، والإلزام والإلما رتب رسول الله صلى الله عليه وسلم اللعن على عدم العدل لانهما يمكنهما ترك الحكم إذا كان جوراً. ^(٢)

وما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم عمل بحكم سعد بن معاذ في بنى قريظة لما اتفقت اليهود على الرضا بحكمه فيهم مع رسول الله صلى الله عليه وسلم. ^(٣)

وأما الاجماع: فان الصحابة رضوان الله عليهم كانوا مجمعين على جواز التحكيم، ^(٤) ويدل لهذا ما روى أنه كان بين عمر بن الخطاب، وأبي بن كعب منازعة في نخل فحكما بينهما زيد بن ثابت رضي الله عنه، فأتياه فخرج زيد وقال لعمر هلا بعثت الى

(١) الحديث أخرجه النسائي في سننه، تلخيص الخبير ١٨٥/٤.

(٢) الزجيرة لشهاب الدين القرافي المالكي ط دار الغرب الاسلامي تحقيق الاستاذ محمد بوخبرة ج ١٠ ص ٣٥.

(٣) الاثر ورد في فتح القدير ج ٧ ص ٣١٦.

(٤) البناءة على الهداية ج ٧ ص ٦٦، فتح القدير، والعناية على الهداية ج ٧ ص ٣١٦، ٣١٧.

مآيتك بأمر المؤمنين فقال عمر في بيته يؤتى الحكم فدخل بينه فألقى لعمر وسادة فقال عمر هذا أول جورك فكانت اليمين على عمر فقال زيد لو أعفيت أمير المؤمنين فقال عمر يمين لزممتي، فقال أبي نعفى أمير المؤمنين ونصده. (١)

وأيضاً تحاكم عثمان بن عفان، وطلحة بن عبيد الله رضى الله عنهما الى جبير بن مطعم رضى الله عنه. (٢)
اعتراض على الاستدلال بهذا الاثر، والذي قبله:

إن عمر وعثمان رضى الله عنهما كانا خليفتين فإذا حكما أحدا صار قاضيا (٣) فمن ثم يكون تحكيمهما قضاء الاحكام.
الجواب عن الاعتراض:

انه لم ينقل عن عمر وعثمان أكثر من رضاهما بالحكم وذلك لا يصير به المحكم قاضيا، لان الرضا بالصورة الخاصة لا يصير بها أحد قاضيا. (٤)

أيضا يمكن الاستدلال على جواز التحكيم من المعقول، وهو من وجهين:

الاول: القياس على الصلح من حيث ان كلا منهما من باب الاصلاح بين الناس حيث ان المحكم يقوم برفع المنازعة القائمة

(١) الاثر: أخرجه البيهقي في سننه عن الشعبي.

(٢) الاثر: أخرجه البيهقي في سننه عن الشعبي.

(٣) الزخيرة للقرافي ج ١٠ ص ٣٥، المجموع ج ٢٢ ص ٣٢٤.

(٤) المرجعين السابقين نفس الصحيفات.

بين الخصمين كالمصالح، فهو صلح من حيث المعنى ^(١) فكما يجوز الصلح فكذلك التحكيم، وهذا في نظري يرقى بالتحكيم من مرتبة الجواز الى مرتبة الندب.

الثانى: أن التحكيم اذا كان برضا المحكمين يكون قد صدر ممن له ولاية فيصح. ^(٢)

القول المختار:

بعد عرض أقوال الفقهاء فى الوصف الشرعى للتحكيم ارى النفس تطمئن الى اختيار القول بالجواز لقوة ادلته وسلامتها من المعارضة، واذا ثبت هذا فلا مانع من اصطحاب القول بالجواز حتى يتسنى تفصيل القول فى التحكيم لبيان أحكامه، وعلى الله قصد السبيل.

^(١) لان الصلح مندوب اليه شرعا بقوله تعالى: " والصلح خير " فتح القدير على الهداية ج ٧ ص ٣١٦، ٣١٧.

^(٢) المراجع السابقة نفس الصفحات.

المبحث الثاني

الفرق بين القضاء والتحكيم

حتى يتضح الفرق بين القضاء والتحكيم يتعين التعرض لأمريين وهما: الفرق بين التحكيم بتولية الامام، والتحكيم بتولية الخصمين، وأوجه الاتفاق بين القضاء والتحكيم، وذلك في المطالب الآتية:

المطلب الاول

الفرق بين التحكيم بتولية الامام وتولية الخصمين

إذا كان التحكيم بتولية الامام، فإن المحكم يأخذ صفة القاضى فى كل شئ ويكون بمنزلته، ويكون حكمه كحكمه،^(١) ومن ثم فيكون الكلام فيه كالكلام فى القضاء، وهو ليس بموضوع لهذا البحث ومن ثم فسيكون الكلام فى هذا البحث قاصرا على التحكيم بتولية الخصمين ورضاهما إن شاء الله تعالى.

المطلب الثانى

أوجه الاتفاق بين القضاء والتحكيم

- (١) انه يشترط فى الحكم ما يشترط فى القاضى من حيث أهلية الشهادة، وأهلية الاجتهاد.
- (٢) ان الحكم الصادر من المحكم، يكون بمنزلة حكم القاضى المقلد.^(٢) من حيث عدم جواز نقضه على المختار.

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق - لابن نجيم ج ٧ ص ٢٥.

(٢) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٧ ص ٥.

المطلب الثالث

أوجه الفرق بين القضاء والتحكيم

القضاء، والتحكيم يفترقان في أمور منها:

(١) ان التحكيم لا يكون في الحدود، وكذا القصاص على المختار، بخلاف القضاء الذي يكون في الحدود وغيرها باتفاق الفقهاء.

(٢) أن التحكيم لا يلزم مالم يتصل به الحكم، فلو رجع أحد المتحاكمين قبل الحكم يصح رجوعه، وإذا حكم صار لازماً، بخلاف القضاء الذي يلزم بمجرد رفع الدعوى، ولا يصح فيه رجوع.

(٣) ان نقص حكم المحكم محل خلاف، بخلاف حكم القاضي الذي لا يصح نقضه بالاتفاق.^(١)

(٤) أن حكم المحكم لا يتعدى إلى غير المحكمين، بخلاف حكم القاضي الذي يتعدى إلى غير المتخاصمين.

(٥) ان التحكيم لا يصح إلا بتراضي الخصمين على كونه حكماً، بخلاف القضاء الذي يكون بتوليئه الامام الذي ينوب عن المسلمين.

(٦) كتاب القاضي إلى القاضي يجوز بالاتفاق، بخلاف كتاب المحكم إلى القاضي وعكسه، ففي جوازه خلاف.

(٧) ان المحكم لا يتقيد ببطلان، بخلاف القضاء الذي يتقيد ببطلان القاضي.^(٢)

هذه هي بعض الامور التي يخالف فيها المحكم القاضي.

(١) بدائع الصنائع للكاساني ج ٧ ص ٥، الحاوي الكبير للماوردي ج ١٦ ص ٣٢٥.

(٢) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج ٧ ص ٢٧، ٢٨، الحاوي الكبير للماوردي ج ١٦ ص ٣٢٥، ٣٦، ٣٢٧، حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٣٤٨، ٣٤٩، تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٤٤، المنتقى للامام الباجي ج ٥ ص ٢٢٧ وما بعدها.

المبحث الثالث

فى

شروط التحكيم

لكى يصح التحكيم لابد من توافر بعض الشروط، وهذه الشروط منها ما يرجع الى الحكم، ومنها ما يرجع الى المحكمين، ومنها ما يرجع الى الشئ محل التحكيم، واليك بيان ذلك:

أولاً: ما يرجع الى الحكم من شروط:

حتى يصح التحكيم وينفذ لابد وأن يكون الحكم أهلاً للقضاء ن فإن لم يكن من أهل القضاء بطل تحكيمه، ولم ينفذ حكمه. (١)

وأهلية القضاء تتحقق بأهلية الشهادة، وأهلية الاجتهاد وأهلية الشهادة تتحقق بالأمور الآتية:

(١) الاسلام، اذا كان التحكيم بين مسلمين فيشترط إسلام المحكم،

(١) البحر الرائق لابن نجيم ج ٧ ص ٢٤، فتح القدير، والعناية على الهداية ج ٧ ص ٣١٧، الزخيرة للامام القرافي ج ١٠ ص ٣٦، الحاوى الكبير فى شرح مختصر المزنى لابن الحسن على بن محمد بن حبيب الماوردى ط دار الكتب العلمية بيروت لبنان ج ١٦ ص ٣٢٥، المغنى، والشرح الكبير على متن المقنع للامام موفق الدين، وشمس الدين ابنى قدامة ط دار الفكر ج ١١ ص ٤٨٤، البناية على الهداية للعيني ج ٧ ص ٦٧، تبصرة الحكام فى اصول الاقضية والأحكام للإمام أبى عبد الله بن فرحون المالكي ط دار الكتب العلمية بيروت لبنان اولى ج ١ ص ٤٤، مغنى المحتاج للشريينى ج ٤ ص ٣٧٨، المجموع شرح المذهب ج ٢٢ ص ٣٢٤، شرح منتهى الارادات ج ٣ ص ٤٦٧.

وهذا باتفاق الفقهاء من الحنفية ^(١) والمالكية ^(٢)، والشافعية ^(٣) والحنابلة ^(٤)، وعلى هذا فلا يجوز تحكيم الكافر والذمي بين المسلمين لانه ليس من أهل القضاء وليس من أهل الشهادة، لان كلا من القضاء والشهادة ولاية والكافر ليس أهلا للولاية لقوله تعالى: " ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا " ^(٥)، وماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " لا ولاية لغير المسلم على المسلم " ^(٦)

ويصح تحكيم الكافر والذمي بين الكفار والذميين لان لهم ولاية على بعض، قال تعالى: " والذين كفروا بعضهم أولياء بعض " ^(٧)
(٢) الحرية، فلا يجوز تحكيم العبد باتفاق الفقهاء. ^(٨)

وذلك لان العبد لا يلى أمر نفسه، فلا يلى أمر غيره.
(٣) العقل ^(٩)، كذلك يشترط فى الحكم أن يكون عاقلا، وعلى هذا لا يصح تحكيم المجنون، ومن فى حكمه، والمعتوه ومن فى

(١) انظر فتح القدير والعناية على الهداية ج ٧ ص ٢٥٢.

(٢) تبصرة الحكام - لابن فرحون ج ١ ص ٤٤، المنتقى للباي - ج ٥ ص ٢٢٨.

(٣) مغنى المحتاج ج ٤ ص ٣٧٥.

(٤) شرح منتهى الارادات ج ٣ ص ٤٦٤.

(٥) الآية ١٤١ من سورة النساء.

(٦) الحديث.

(٧) الآية ٧٣ من سورة الانفال.

(٨) المراجع السابقة نفس الصحيفات.

(٩) فتح القدير، والعناية على الهداية ج ٧ ص ٢٥٢، تبصرة الحكام ج ١ ص ٤٤،

المنتقى للباي ج ٥ ص ٢٢٨، مغنى المحتاج ج ٤ ص ٣٧٥ شرح منتهى الارادات

ج ٣ ص ٤٦٤.

حكمه، وذلك لانهم غير مكلفين، فهم تحت ولاية الغير فلا يكونون أولياء على غيرهم، ^(١) وهذا باتفاق الفقهاء أيضاً.

(٤) الذكورة، ومن ثم فلا يصح تحكيم المرأة، وهذا الشرط محل خلاف بين الفقهاء، تبعاً لاختلافهم في جواز قضاء المرأة. فذهب الشافعية ^(٢) والحنابلة ^(٣) والمالكية ^(٤) في قول الى عدم صحة تحكيم المرأة، وإذا حكمت فحكمت فحكمها باطل.

وذهب الحنفية، ^(٥) الى القول بجواز تحكيم المرأة الا في الحدود والقصاص، والى هذا ذهب بعض المالكية.

وذهب المالكية في قول آخر الى جواز تحكيم المرأة اذا حكمت فيما يختلف الناس فيه.

وفى قول آخر للمالكية يجوز تحكيمها اذا كانت بصيرة عارفة مأمونة الا في خطأ بين. ^(٦)

الادلة:

استدل أصحاب القول الاول على عدم الجواز، بالقياس على القضاء والشهادة، فكما لاتجوز شهادتها، لايحوز قضاؤها،

(١) شرح منتهى الارادات ج ٣ ص ٤٦٤.

(٢) أدب القضاء لشهاب الدين أبى اسحاق المعروف بابن أبى الدم الشافعى ط اولى مطبعة الارشاد بغداد ١٤٠٤هـ / ١٩٨٤م ج ١ ص ١٤٥.

(٣) شرح منتهى الارادات ج ٣ ص ٤٦٤، ٤٦٧.

(٤) المنتقى للبساجى ج ٥ ص ٢٢٨، الزخيرة للقرافى ج ١ ص ٣٦.

(٥) فتح القدير على الهداية ج ٧ ص ٣١٦، البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ج ٧ ص ٢٤.

(٦) تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٤٤، المنتقى للباسجى ج ٥ ص ٢٢٨.

وكذلك تحكيمها. ^(١) ولقوله صلى الله عليه وسلم: " لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة " ^(٢)

ولان النساء ناقصات عقل ودين ^(٣) فهي ليست أهلا للخصومة مع الرجال في محافل الخصوم.

ولم يول رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا أحد من حلفائه امرأة قضاء. ^(٤)

واستدل القائلون بالجواز بما روى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه ولى الشفاء وهى أم سليمان بن أبى جثمة سوق المدينة، ولا بد لوالى السوق من الحكم بين الناس ولو فى صغار الامور. ^(٥)

وأیضا استدلوا على جواز تحكيمها بالقياس على جواز شهادتها ولما كانت أهلا للشهادة فى غير الحدود والقصاص كانت أهلا للقضاء فى غيرهما، وإذا جاز قضاؤها فلأن يجوز تحكيمها من باب الأولى. ^(٦)

ولان للمرأة ولاية على نفسها فيصح تحكيمها. ^(٧)

(١) مغنى المحتاج ج ٤ ص، شرح منتهى الارادات ج ٣ ص ٤٦٤.

(٢) الحديث أخرجه البخارى فى صحيحه ج ٣ ص ٨٤، ج ٤ ص ٣٧٦، والنسائى فى سننه ج ٢ ص ٣٠٥، والترمذى فى سننه ج ٣ ص ٤٣، والحاكم فى المستدرک ج ٣ ص ١١٨.

(٣) مغنى المحتاج ج ٤ ص ٣٧٥.

(٤) شرح منتهى الارادات ج ٣ ص ٤٦٤.

(٥) المنتقى للباجى ج ٥ ص ٢٢٨.

(٦) فتح القدير ج ٧ ص ٢٩٧.

(٧) المرجع السابق.

وانمختار من هذه الأقوال هو ماذهب اليه جمهور الفقهاء من انقول بعدم جواز تحكيمها لما استدلوا به، ولما قد يترتب على مخالطة المرأة للرجال من مفسد.

(٥) البلوغ، كذلك يشترط لصحة التحكيم أن يكون الحكم بالغاً، وهذا ما ذهب اليه الفقهاء من الحنفية والشافعية، والحنابلة، والمالكية في قول.^(١)

وعلى هذا فلا يصح تحكيم الصبي، وإذا حكم فلا يلزم حكمه. واستدلوا على ذلك بما يأتي:

- (١) ان الصبي ليس من أهل الشهادة^(٢) فلا يصح تحكيمه.
 - (٢) ان غير المكلف تحت ولاية غيره فلا يكون والياً على غيره.^(٣)
 - (٣) ولانه بالتحكيم يصير حاكماً كالمولى من جهة الحاكم^(٤) فلا بد وأن يكون من أهل الولاية العامة.
- وذهب المالكية في قول آخر الى جواز تحكيم الصبي، وذلك قياساً على جواز وكالته.^(٥)

(١) فتح القدير على الهداية ج ٧ ص ٣١٦، الحاوي للماوردي ج ١٦ ص ٣٥٢ شرح منتهى الارادات ج ٣ ص ٤٦٥، أدب القضاء لابن ابي الدم ج ١ ص ٤٣١، المنتقى للباي ج ٥ ص ٢٢٨.

(٢) فتح القدير، والعناية على الهداية ج ٧ ص ٣١٦.

(٣) شرح منتهى الارادات ج ٣ ص ٤٦٥.

(٤) الحاوي للماوردي ج ١٦ ص ٣٢٥.

(٥) المنتقى للباي ج ٥ ص ٢٢٨، تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٤٤.

سبب الخلاف فيما تقدم:

هو هل التحكيم من باب الوكالة فلا يشترط فيه البلوغ، أم من باب الولاية في حكم خاص فيشترط فيه ما يشترط للولاية. فمن رأى أنه من باب الوكالة قال بجواز تحكيم الصبي والمرأة، وغيرهما، عدا ذهاب العقل كالمجنون، وامثاله، ومن رأى أنه من باب الولاية في حكم خاص قال باشتراط شروط الولاية، ومن ثم فلا يجوز تولية الصبي، والمرأة ونحوهما ممن لا تجوز شهادته.

(٦) العدالة:

اتفق الفقهاء من المالكية، والشافعية، والحنابلة على اشتراط العدالة في المحكم، ومن ثم فلا يجوز تحكيم الفاسق، وإذا حكم فلا يصح تحكيمه ولا ينفذ حكمه.^(١) ويرى الحنفية ما يراه جمهور الفقهاء إلا أنهم يرون أن المحكم وإن كان لا يجوز تحكيمه لكن إذا حكم يجوز تحكيمه وينفذ حكمه،^(٢) فعدم الجواز عند الحنفية معناه الأولى عدم تحكيمه.

استدل الجمهور على عدم جواز تحكيم الفاسق:

بان الفاسق فيه نقص بمنع قبول شهادته^(٣) لقوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا إن جأكم فاسق بنياً فتبينوا" ^(٤)

(١) الزخيرة للامام الفرافي ج ١٠ ص ٣٦، مغنى المحتاج ج ٢ ص ٣٧٥، الحاوى للماوردي ج ١٦ ص ١٥٨، شرح منتهى الارادات ج ٣ ص ٤٦٤.

(٢) فتح القدير على الهداية ج ٧ ص ٣١٦.

(٣) شرح منتهى الارادات ج ٣ ص ٤٦٤.

وجه الدلالة من الآية:

انه لايجوز أن يكون الحاكم ممن لايقبل قوله، ويجب التبيين عند حكمه.

ولان الفاسق لايجوز أن يكون شاهدا فأولى أن لا يكون قاضيا،^(١) واذا كان لا يصح أن يكون قاضيا فلا يصح أن يكون حكما.

واستدل الحنفية على جواز تحكيم الفاسق بانه ليس من أهل الشهادة، فلا يصح أن يتولى القضاء،^(٢) واذا لم يصح أن يتولى القضاء، فلا يصح توليه التحكيم.

وعلى ما تقدم يكون عدم جواز تحكيم الفاسق متفق عليه بين الفقهاء.

(٧) ان لا يكون محدودا في قذف، اتفق الفقهاء^(٣) على عدم جواز تحكيم المحدود في قذف، وذلك لانه ليس من أهل الشهادة فلا يكون أهلا للتحكيم.

(٨) البصر: لان الاعمى لا يميز المدعى من المدعى عليه، ولا المقر من المنكر، فلا يجوز تحكيمه.

(٩) النطق: لان الاخرس لا يمكنه النطق بالحكم ولا يفهم جميع الناس اشارته، ومن ثم فلا يجوز تحكيم الأخرس.

(٤) الآية ٦ من سورة الحجرات.

(١) شرح منتهى الارادات ج ٣ ص ٤٦٤، فتح القدير على الهداية ج ٧ ص ٣١٦.

(٢) فتح القدير والعناية على الهداية ج ٧ ص ٣١٦.

(٣) المرجع السابق نفس الصحيفة، شرح منتهى الارادات ج ٣ ص ٤٦٤.

(١٠) السمع: لان الأصم لا يسمع كلام الخصمين، فلا يجوز تحكيمه^(١)

هذا بالنسبة لما يتعلق بأهلية الشهادة.

وأما أهلية الاجتهاد فتتحقق بأمر منها:

أن يعلم الكتاب، والسنة، بأقسامهما من عبارتهما وإشارتهما، ودلالاتهما واقتضائهما، وناسخهما ومنسوخهما، ومناط أحكامهما وشروط القياس والمسائل المجمع عليها لئلا يقع في القياس في مقابلة الاجماع وأقوال الصحابة لانه يقدمه على القياس فلا يقيس في معارضة قول الصحابي^(٢)

ويعلم عرف الناس أونحو ذلك مما لا يتسع المقام لذكره في هذا البحث.

هذا وأهلية الاجتهاد محل خلاف بين العلماء على النحو

التالى:

أقوال الفقهاء فى اشتراط اهلية الاجتهاد:

لما كانت أهلية القضاء شرط فى المحكم فيمكن استخلاص مدى اشتراط أهلية الاجتهاد فى المحكم وعدم اشتراطها من خلال اشتراطها فى القاضى وعدم اشتراطها، وذلك ببيان أقوال الفقهاء فيها:

(١) بدائع الصنائع للكاسانى ج٧ ص ٤٠٣، شرح منتهى الارادات ج٣ ص ٤٦٥، ٤٦٦، المنتقى للبايجى ج٥ ص ٢٨٨، معنى المحتاج ٣٧٥، الحاوى الكبير ج١٦ ص ١٥٨ وما بعدها، المغنى لابن قدامة ج١١ ص ٣٨٢.

(٢) فتح القدير والعناية على الهداية ج٧ ص ٢٥٩، المغنى لابن قدامة ج١١ ص ٣٨٤، مغنى المحتاج للشربيني ج٤ ص ٣٧٥ وما بعدها.

- (١) ذهب جمهور الفقهاء من المالكية، والشافعية، والحنابلة وبعض الحنفية الى القول باشتراط أهلية الاجتهاد فى القاضى،^(١) ومن ثم فلا يجوز تقليد القضاء لغير المجتهد.
- (٢) وذهب الحنفية فى القول الثانى الى أن أهلية الاجتهاد شرط الاولوية وليست شرط التولية، وعلى هذا فيصح تقليد غير المجتهد كالمقلد.^(٢)

الادلة:

استدل الجمهور على اشتراطهم أهلية الاجتهاد: مما يأتى أولا الكتاب: قال تعالى: "وان أحكم بينهم بما أنزل الله " ^(٣) وقال تعالى: "لتحكم بين الناس بما أراك الله" ^(٤) وقال تعالى: " فان تنازعتم فى شئ فردوه الى الله والرسول" ^(٥)

وجه الدلالة من الآيات:

ان العامى أو المقلد لايمكنه الحكم على ما جاء فى الآيات الكريمة، واذا لم يمكنه الحكم على ما جاء فيها حكم بجهل واذا حكم بجهل لم يكن حكمه هو ما أنزل الله، فلايجوز.

ثانيا السنية: ماروى بريدة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: " القضاة ثلاثة إثنان فى النار وواحد فى الجنة، رجل

(١) المغنى لابن قدامة ج ١١ ص ٣٨٣، الحاوى الكبير للماوردى ج ١٦ ص ٣٢٥، تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٤٤.

(٢) فتح القدير والعناية على الهداية ج ٧ ص ٢٥٦، ٢٥٧.

(٣) الآية ٤٩ من سورة المائدة.

(٤) الآية ١٠٥ من سورة النساء.

(٥) الآية ٥٩ من سورة النساء

علم الحق فقصى به فهو الجنة، ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار ورجل جار في الحكم فهو في النار".^(١)
وجه الدلالة: ان العامى إذا قضى فانما يقضى بجهل وهو لايجوز.^(٢)

دليل القول الثانى:

ان الجاهل أو المقلد يمكنه أن يقضى بفتوى غيره، ومقصود القضاء يحصل به وهو اىصال الحق إلى مستحقه، ويؤيد ذلك ما رواه أحمد بن حنبل فى مسنده ان عليا رضى الله عنه قال انقذنى رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى اليمن وانا حديث السن فقلت تنقذنى الى قوم يكون بينهم أحداث ولا علم لى بالقضاء، فقال ان الله سيهدى لسانك ويثبت قلبك فما شككت فى قضاء بين اثنين بعد ذلك.^(٣)

وجه الدلالة:

ان هذا الحديث يدل على أن الاجتهاد ليس بشرط الجواز، لان عليا حينئذ لم يكن من أهل الاجتهاد.^(٤)

(١) الحديث رواه ابن ماجة فى سننه برقم ٢٣١٥، والبيهقى ج ١٠/ ١٦٦، وصححه، وابو داود برقم ٣٥٧٣، ورواه الحاكم فى المستدرک عن بريدة وصححه ٩٠/٤، ورواه الطبرانى فى الاوسط والكبير عن ابن عمر، وأبو داود فى باب الاقضية عن بريدة بن الحبيب ٢٩٩/٣، وانظر مجمع الزوائد ١٩٣/٤، ونيل الاوطار ٢٢٧٤/٧، سبل السلام ١١٦/٤، نصب الراية ٦٥/٤، والبيهقى ١١٧/١٠، والترغيب والترهيب لابن عبد القوى ط النور الاسلامية ج ٣ ص ١٣٨.

(٢) المغنى لابن قدامة ج ١١ ص ٣٨٣، ٣٨٤.

(٣) الحديث رواه الامام أحمد بن حنبل فى مسنده.

(٤) فتح القدير والعناية على الهداية ج ٧ ص ٢٥٧، ٢٥٨.

القول المختار:

بعد عرض أقوال الفقهاء في اشتراط الاجتهاد وعدمه أرى ان القول المختار هو ماذهب اليه الحنفية لما استدلوا به، ولان قولهم بان الاجتهاد شرط الأولوية يتفق والواقع لان المجتهد لا يوجد في كل عصر في الغالب، واذا وجد في كل عصر فكيف يتولى قضاء البلاد الاسلامية مترامية الأطراف في وقت واحد، فالقول بجواز تقليد العامي المقلد فيه إمكان تولى منصب القضاء، اما القول باشتراط الاجتهاد في القاضى فيؤدى الى سد باب القضاء فى أغلب الأحيان، ويؤيد هذا مقالته الامام الغزالي رحمه الله: "اجتماع هذا الشرط من العدالة والاجتهاد وغيرهما متعذر فى عصرنا لخلو العصر عن المجتهد والعدل، فالوجه تنفيذ قضاء كل من ولاه سلطان ذو شوكة، وان كان جاهلا فاسقا." (١)

واذا كان هذا هو الحال فى عصر الامام الغزالي فكيف يكون الحال فى عصرنا.

هذه هى شروط التحكيم الخاصة بالمحكم (بالفتح)، واليك شروط التحكيم الخاصة بالمحكمن (بالكسر).

ثانياً: ما يرجع الى المحكمين من شروط:

أيضاً حتى يصح التحكيم وينفذ يشترط فى المحكمين ما يأتى:

(١) العقل: (٢) فلا يصح التحكيم من جهة الصبى غير المميز ومن فى حكمه كالمجنون، والمعتوه، وذلك لان هؤلاء لا ولاية لهما على أنفسهما فلا يصح أن يوليا الأمر الى غيرهما.

(١) فتح القدير على الهداية ج٧ ص ٢٥٣.

(٢) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج٧ ص ٢٤.

(٢) الرضا بالتحكيم: حتى يصح التحكيم وينفذ لا بد وأن يتراضى الخصمان على التحكيم الى وقت الحكم فان رضى به أحدهما ولم يرض الآخر، أو رضيا به ثم رجعا، أو رجعا أحدهما بطل تحكيمه، ولم ينفذ حكم المحكم سواء حكم للراضى أو للراجع منهما.^(١)

ثالثا: ما يرجع الى الشئ محل التحكيم:

حتى يصح التحكيم وينفذ يشترط فى محله أن لا يكون حقا من حقوق الله تعالى، فان كان لا يجوز التحكيم ولا ينفذ، وسأتعرض لتوضيح ذلك عند الكلام عما يجوز فيه التحكيم وما لا يجوز ان شاء الله تعالى.

ويلحظ انه حتى يكون الحكم أهلا للتحكيم، كذلك يتعين استمرار هذه الاهلية من وقت التحكيم الى وقت الحكم به، وعلى هذا لو حكما عبدا فعتق أو صبيا فبلغ أو ذميا فأسلم، ثم حكم لم ينفذ حكمه، وكذا لو كان مسلما وقت التحكيم ثم ارتد والعياذ بالله لم ينفذ حكمه.^(٢)

(١) الحاوى الكبير للماوردى ج١٦ ص ٣٢٥، مغنى المحتاج ج٤ ص ٣٧٩، المجموع شرح المذهب ج٢٢ ص ٣٢٤، فتح القدير، والعناية على الهداية ج٧ ص ٣١٧، المنقى تلجاجة ج٥ ص ٢٢٧، تبصرة الحكام لابن فرحون ج١ ص ٤٣، الزخيرة للفرقى ج١٠ ص ٣٦، المغنى لابن قدامة ج١١ ص ٤٨٤، وما بعدها.

(٢) البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ج ٧ ص ٢٤.

المبحث الرابع

صفة التحكيم

التحكيم عقد من العقود، والعقود من حيث صفتها تنقسم الى عقود لازمة وغير لازمة، والمراد من هذا المبحث معرفة كون التحكيم من العقود اللازمة، أو الجائزة، وهل هو جائز مطلقا أم لازم مطلقا، أم هو جائز ابتداء لازم انتهاء هذا ماسيتضح من التفصيل الاتي:

أولاً: التحكيم بعد التعاقد قبل النظر في الخصومة:

التحكيم بعد التعاقد قبل النظر لازم لطرفيه بمجرد التعاقد جلسا للخصومة أم لا، نظر الحكم في الخصومة أم لا، وهذا ما يراه ابن الماجشون من فقهاء المالكية.

ووجه هذا القول أن التحكيم عقد والعقد يلزم بالتراضي كذلك التحكيم بين الزوجين يلزم بالقول فكذلك التحكيم بين غيرهما. (١)

ثانياً: التحكيم بعد التعاقد بعد شروع الحكم في النظر بينهما:

وذهب بعض الفقهاء الى القول بأن التحكيم بعد التعاقد جائز مالم يشرع الحكم في النظر بينهما ولا يلزم بالقول كما قال ابن الماجشون، وهذا ما يراه ابن القاسم من فقهاء المالكية ومن تبعه.

(١) المنتقى للباجي ج ٥ ص ٢٢٧، تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٤٣ وما بعدها.

ووجه هذا القول. قياس التحكيم على الوكالة في الخصومة فكما لا يصح للموكل أن يعزل وكيله بعدما يشرع في الخصومة عند القاضي فكذلك التحكيم، أما قبل الشروع في النظر في الخصومة بينهما من جهة القاضي فيجوز له عزله.

والدليل على أنه وكالة. أن حكم المحكم حكم خاص، لأن حكمه إنما يكون باذن من يحكم له أو عليه، وهذا معنى الوكالة.^(١)

ثالثاً: التحكيم بعد العقد الى حين الشروع في الحكم:

يرى بعض الشافعية أن خيار المحكمين ينقطع بشروع الحكم في الحكم، فإذا شرع فيه صار لازماً لهما.

ووجه هذا أن القول بالخيار بعد الشروع في الحكم مفضى الى أنه لا يلزم بالتحكيم حكم إذا رأى أحدهما توجه الحكم عليه فيصير التحكيم لغوا.^(٢)

رابعاً: التحكيم بعد التعاقد الى حين الحكم:

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية،^(٣) والمالكية^(٤) والشافعية^(٥) والحنابلة^(٦) إلى القول بثبوت الخيار للمحكمين من حين العقد الى حين الحكم في الخصومة، ومن ثم يجوز لأحد

(١) المنتقى للباجي ج ٥ ص ٢٢٧، تبصرة الحكام لايدبن فرحون ج ١ ص ٤٤.

(٢) الحاوي الكبير للماوردى ج ١٦ ص ٣٢٦.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ج ٧ ص ٥، فتح القدير والعناية على الهداية ج ٧ ص ٣١٧.

(٤) المنتقى للباجي ج ٥ ص ٢٢٧، تبصرة الحكام ج ١ ص ٤٤.

(٥) ادب القضاء لابن أبي الدم ج ١ ص ١٤٦، الحاوي الكبير للماوردى ج ١٦ ص ٣٢٦.

(٦) شرح القدير، الارادات للبهوتي ج ٣ ص ٤٦٧.

المحكمين أن يرجع عن رضاء بالتحكيم الى أن يحكم الحكم فى الخصومة فاذا حكم صار التحكيم لازما لهما.

ووجه هذا القول: ان الحكم مقلد من جهة المحكمين فله عزله قبل أن يحكم، كما ان للحاكم ان يعزل القاضى قبل أن يحكم.

وايضا استدلوا على جواز الرجوع بالقياس على الوكالة وهو أن الحكم لايلزم الا برضا الخصمين، فيجوز الرجوع قبل الحكم كرجوع الموكل قبل تصرف وكيله فيما وكل. (١)

سبب الخلاف

يمكن رد سبب الخلاف الى الامور الاتية:-

هل التحكيم من باب الولاية فى حكم خاص، فيلزم التحكيم بمجرد العقد ؟

أم أن التحكيم من باب الوكالة فلا يلزم الا بالشروع فى التصرف من جهة الوكيل ؟

أم ان التحكيم من باب الوكالة بالخصومة عند القاضى فيلزم بمجرد الايجاب والقبول، ومن رأى الثانى قال ان التحكيم لايلزم الا بالحكم، ومن رأى الثالث قال لايلزم قبل الشروع فى النظر فى الخصومة، ويلزم بعده والله أعلم.

(١) فتح القدير، والعناية على الهداية ج٧ ص٣١٧، المنتقى للباي ج٥ ص٢٢٧.

القول المختار:

والذى أميل الى الأخذ به هو القول الرابع القائل بان التحكيم من باب عموم الوكالة فيأخذ حكمها من جهة الرجوع فكما يلزم الموكل تصرف وكيله فكذلك التحكيم، لان التحكيم مبنى على رضا الخصوم فيكون لهم الرجوع الى وقت الحكم، ولايكون لهم الرجوع بعد الحكم لانهما قد رضيا ابتداءا بالحكم حين رضيا بالتحكيم.

بم يلزم الحكم الصادر من الحكم

اتضح فيما سبق ان التحكيم يلزم بالحكم على المختار، أما هنا فالمراد توضيح ما به يلزم الحكم الصادر من الحكم هل يلزم بنفسه أم لابد من رضى المحكمين بالحكم حتى يلزم، اختلفت أقوال الفقهاء فى هذه المسئلة على النحو التالى:

فذهب الحنفية (١)، والمالكية (٢)، والحنابلة (٣) والشافعية (٤) فى الاظهر الى أن حكم المحكم يلزم بنفسه من غير حاجة الى رضا الخصوم.

وذهب الشافعية فى القول الآخر عندهم الى أن حكم المحكم لايلزم الا بالرضا به. (٥)

(١) البحر الرائق لابن نجيم ج ٧ ص ٢٦، فتح القدير والعناية على الهداية ج ٧ ص ٣١٧.

(٢) المنتقى للباي، ج ٥ ص ٢٢٨، تبصرة الحكام لابن فرجون ج ١ ص ٤٣.

(٣) شرح منتهى الارادات ج ٣ ص ٤١٧، المغنى لابن قدامة ج ١١ ص ٤٨٥.

(٤) الحاوى الكبير للماوردى ج ١٦ ص ٣٢٦، مغنى المحتاج للشربيني ج ٣ ص ٣٧٩.

(٥) انظر المرجعين السابقين.

الادلة:

استدل جمهور الفقهاء لما ذهبوا اليه بما يأتي:-

(١) ماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " من حكم بين اثنين تراضيا به فلم يعدل بينهما فعليه لعنة الله". (١)

وجه الدالة من الحديث:

ان النبي صلى الله عليه وسلم رتب الوعيد على عدم العدل فى الحكم فكان الوعيد دليلا على لزوم حكمه فى حالة عدله. (٢)

وماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " واذا كنتم ثلاثة فأمرُوا عليكم واحدا ". (٣)

وجه الدلالة من الحديث:

ان المؤتمر صار بالتأشير نافذ الحكم عليهم كنفوذه لو كان واليا عليهم، ولذلك انعقدت الامامة باختيار أهل الاختيار.

(٣) ولان الحكم صدر عن ولاية شرعية من المحكمين فلا يبطل الحكم بعزلهما فيلزم.

(٤) ولان من صح حكمه لزم بنفس الحكم قياسا على الحاكم الذى ولا، الامام. (٤)

(١) الحديث سبق تخريجه.

(٢) الحاوى الكبير للماوردى ج١٦ ص٣٢٦، المجموع شرح المذهب ج ٢٥ ص٣٢٤، الزجيرة للقرافى ج ١٠ ص٣٥.

(٣) الحديث أخرجه الطبرانى فى كشف الخفاء ج ١ ص١٠٣.

(٤) الحاوى الكبير للماوردى ج١٦ ص٣٢٧، المجموع شرح المذهب ج٢٢ ص٣٢٤، البحر الرائق لابن نجيم ج٧ ص٢٦، فتح القدير على الهداية ج٧ ص٣١٧.

واستدل أصحاب القول الثانى لما ذهبوا اليه بالقياس على الفتيا لان التحكيم لما وقف على خيار الخصمين فى الابتداء وجب أن يقف على خيارهما فى الانتهاء.^(١)

القول المختار:

بعد عرض ما ذهب اليه الفقهاء أرى النفس تطمئن الى الأخذ بما ذهب اليه الجمهور، وذلك لقوة ما استدلوا به، ولان التحكيم يصبح غير ذى جدوى اذا لم يكن حكم المحكم لازما.

والله أعلم،،،

(١) المجموع شرح المذهب ج ٢٢ ص ٣٢٤، الحاوى الكبي للماوردى ج ١٦ ص ٣٢٦، مغنى المحتاج للشربيني ج ٤ ص ٣٧٩.

المبحث الخامس

ما يجوز فيه التحكم وما لايجوز

اتضح مما تقدم أن التحكيم أخص من القضاء لعموم ولاية القاضى وخصوص ولاية المحكم، وهذا يعنى أن المحكم أحط رتبة من القاضى، لاقتصار حكم المحكم على من رضى به، بخلاف حكم القاضى الذى ينفذ فى مواجهة كافة.

وفهم مما تقدم أن القاضى يحكم فى سائر الخصومات والمحكم بخلافه حيث يقتصر دوره فى التحكيم على بعض الخصومات، وللوقوف على الخصومات التى يجوز للمحكم الفصل فيها يتعين بيان ما يجوز فيه التحكيم وما لايجوز، ومن ثم فيكون الكلام فى هذا المبحث فى المطالب الآتية:

الأول: ما يجوز فيه التحكيم بالاتفاق.

الثانى: ما لا يجوز التحكيم فيه بالاتفاق.

الثالث: ما هو محل خلاف.

المطلب الأول

في ما يجوز فيه التحكيم بالاتفاق

اتفق الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة على جواز التحكيم، في الأموال وما يجرى مجراها كعقود المعاوضات، مثل البيوع والاجازات، والكفالة بالمال، أو نحو ذلك.

وذلك لأن التحكيم في الأموال وقع لجمع من كبار الصحابة رضوان الله عليهم فيكون جائزاً^(١) في حق غيرهم.

(١) فتح القدير والعناية على الهداية ج٧ ص ٣١٨، المبسوط للسرخسي ط دار الكتب العلمية بيروت لبنان ج١٦ ص ١١١، الزخيرة للامام القرافي ج١٠ ص ٣٧، تبصرة الحكام لابن فرحون ج١ ص ٤١، المنتقى للامام الباجي ج٥ ص ٢٢٨، المجموع شرح المذهب ج٢٢ ص ٣٢٤، مغنى المحتاج للشريني ج٤ ص ٣٧٩، الحاوي الكبير للماوردي ج١٦ ص ٣٢٥، شرح منتهى الارادات للبهوتي ج٣ ص ٤٦٧، المغنى لابن قدامة ج١١ ص ٤٨٥.

المطلب الثاني

مالا يجوز فيه التحكيم بالاتفاق

أيضاً اتفق الفقهاء من الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤)، على عدم جواز التحكيم في الحدود التي هي حق خالص لله تعالى كحد الزنا، والشرب، والسرقه. والدليل على ذلك من وجوه:

- (١) أن الإمام هو المنوط به إستيفاء الحدود لأمر الشرع بذلك.
- (٢) أن حكم المحكم ليس بحجة في حق غير المحكمين فكانت فيه شبهة والحدود لا تستوفي مع وجود شبهة.
- (٣) أن الحدود التي هي حق خالص لله تعالى ليس لها طالب معين حتى تكون محلاً للتحكيم، لأن حكم المحكم لا ينفذ إلا على راض به قبل الحكم، لما تقدم أن الرضا هو المثبت للولاية فلا بد من تقدمه على الحكم.
- (٤) ولأن الحدود تستلزم إثبات حكم أو نفيه من غير المتحاكمين ومن عداها لم يرض بحكم هذا المحكم، وأن الله تعالى لم يجعل النظر فيها إلى المحكم^(٥).

(١) فتح القدير والعناية على الهداية ج٧ ص ٣١٦ البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج٧ ص ٢٤، المبسوط لشمس الدين السرخسي ط دار الكتب العلمية بيروت لبنان ج١٦ ص ١١١.

(٢) تبصرة الحكام لابن فرحون ج١ ص ٤٣، المنتقى للإمام الباجي ج٥ ص ٢٢٦، الزخيرة للإمام القرافي ج١٠ ص ٣٤.

(٣) مغنى المحتاج للشريني ج٤ ص ٣٧٨، شرح أدب القضاء لابن أبي الدم، ج١ ص ٤٢٨، المجموع شرح المذهب ج٤ ص ٣٢٤.

(٤) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ج٣ ص ٤٦٧، المغنى لابن قدامة المقدس ج١١ ص ٤٨٥.

(٥) المراجع السابقة.

المطلب الثالث

الأمر المختلف فيها

تقدم بيان الأمور التي يجوز التحكيم فيها باتفاق الفقهاء والتي لا يجوز فيها بالاتفاق، وبقي ما عداهما مما هو محل خلاف بين الفقهاء، كالحدود التي هي حق العبد، أو مشترك بين الله وبين العبد، والقصاص، وغيرهما كالطلاق والنكاح، والعتاق، واللعان، والنسب، والولاء، أو نحو ذلك، وإليك بيان ذلك:

أقوال الفقهاء في الأمور المختلفة فيها:

القول الأول: وهو للمالكية حيث ذهبوا إلى القول بعدم جواز التحكيم في حد القذف، والقصاص والطلاق، والعتاق، والنسب، والولاء، واللعان بين الزوجين.

ودليل ذلك: أن هذه الأحكام يناط الحكم فيها إلى الإمام لما يحتاجه الحكم في هذه الأمور من الاحتياط فلا يحكم فيها إلا من قام بالولاية العامة، لأن القاضي لا يتولى القضاء إلا بعد معرفة الإمام بأحواله التي تقتضي ذلك له، أو يؤمن في الأغلب أمره، أو من يقدمه الإمام أو الحاكم لضرورة داعية إلى ذلك.

ولأن الحكم في هذه الأمور يستلزم إثبات حكم أو نفيه عن غير المتحاكمين، ومن عداهما لم يرض بحكم هذا المحكم وتوضيح ذلك على سبيل المثال.

(١) اللعان. يتعلق به حق الولد في نفي نسبه من أبيه فقد ينفيه هذا المحكم، وليس له ولاية على الحكم على هذا الولد.

(٢) النسب، والولاء، يسرى حكم المحكم فى النسب والولاء على غير المحكمين، ومن يسرى إليه من غيرهما لم يرض بحكم المحكم، فلا يكون لحكمه فائدة.

(٣) الطلاق، والعتاق. كذلك الطلاق فيهما حق الله تعالى، إذا لا يجوز أن تبقى المطلقة البائن فى العصمة، ولا أن يرد العتيق إلى الرق وإن رضى^(١).

القول الثانى: ذهب الحنفية فى قول إلى جواز التحكيم فى الحدود التى ليست حقاً لله تعالى كحد القذف، وكذلك القصاص، والطلاق، والنكاح والعتاق، والكفالة بالنفس والمال، والكفارات، وأرش الجنايات أو نحو ذلك من المجتهدات، وذهب إلى هذا القول علماء الشافعية، والحنابلة^(٢)، فى رواية عنهم. ودليل ذلك. أن حد القذف والقصاص، من حقوق العباد فيجوز التحكيم فيها كالأموال^(٣).

ولأن التحكيم وقع برضا المحكمين فيجوز^(٤).

القول الثالث: ذهب الشافعية^(٥) فى القول الثانى والحنابلة^(٦) فى الرواية الثانية إلى جواز التحكيم فى كل شئ إلا فى

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون ج١ ص ٤٤، المنتقى للإمام الباجى ج٥ ص ٢٢٨، الزخيرة للقرافى ج١٠ ص .

(٢) الحاوى الكبير للماوردي ج ١٦ ص ٣٢٥، المغنى لابن قدامة ج ١١ ص ٤٨٥.

(٣) ويمكن تمام الاستدال بأنه إذا كان يجوز التحكيم فى حد القذف والقصاص فمن يجوز فى غيرهما من الأمور المجتهد فيها من باب الأولى.

(٤) فتح القدير، والعناية على الهداية ج٧ ص ٣١٨، الحاوى الكبير للماوردي ج١٦ ص ٣٢٦.

الحدود، والقصاص، والنكاح واللعان، ووافقهم بعض علماء الحنفية^(١) في الحدود والقصاص حيث روى عدم جواز التحكيم في حد القذف والقصاص خلافاً لقولهم السابق ذكره.

ودليل ذلك: أن لهذه الأحكام ميزة على غيرها، فاختص الامام بالنظر فيها ونائبه يقوم مقامه فيها^(٢).

سبب الخلاف

لعل سبب الخلاف بين الفقهاء فيما تقدم راجع إلى أن هذه الأمور هل هي حق لله تعالى، فلا يتولى الحكم فيها غير من ولاه الامام المنوط به تطبيق حكم الله، أم أنها من حقوق العباد، ومن ثم يملك الشخص التحكيم لكونه أهلاً لتقويض النظر في الفصل فيها إلى الغير، أم أن السبب هو أن حكم المحكم لا يتم ولا ينفذ لمساس حكمه بحق المحكمين الذين لم يرضوا بتحكيمه. والناظر فيما تقدم يرى أن المانعين استندوا في المنع إلى أن هذه المسائل يتعلق بها حق الله، وليس الحكم أهلاً للفصل فيها، لأن المحكمين لا يملكون توليته، لأن الذي يملك ذلك هو الامام، وأيضاً تعلق حق غير المحكمين، فمن ثم إذا حصل الحكم لا ينفذ في حق غيرهما لأنهما لم يرضوا بتحكيمه، وبالتالي لا

(٥) مغنى المحتاج للشرييني ج٤ ص ٣٧٩، الحاوى الكبير للمواردى، ج١٦ ص

٣٢٥، شرح أدب القضاء لابن أبى الدم ج١ ص ٤٢٨.

(٦) شرح منتهى الارادات ج٣ ص ٤٦٧، المغنى لابن قدامة ج١١ ص ٤٨٥.

(١) فتح القدير، والعناية على الهداية ج٧ ص ٣١٨.

(٢) المغنى لابن قدامة ج١١ ص ٤٨٥.

يكون لتحكيمه فائدة وإذا كان الأمر كذلك كان المنع من الابتداء أولى.

أما بالنسبة للمجيزين فالناظر في كلامهم يرى أنهم يعتبرونها من حقوق العباد ومن ثم يكون لصاحب الحق في أن يفوض من يشاء في الفصل أما الحكم، وأما القاضي.

والدليل على هذه الوجهة أنهم اتفقوا على أن الحدود التي هي حق خالص لله تعالى كالزنا والسرقة، والشرب أو نحو ذلك، لا يجوز التحكيم فيها، وكذلك تجددهم متفقين على جواز التحكيم في الأموال وما يجري مجراها، أما غير ذلك من الأمور كالنكاح، والطلاق، وحد القذف، والقصاص، أو نحوها فتجد الأمر فيها دائر بين الجواز والعدم، وإذا ثبت هذا يمكن التوفيق بين أقوال الفقهاء باستخلاص ما يأتي:

- (١) عدم جواز التحكيم في المسائل التي هي حق لله تعالى.
- (٢) جواز التحكيم في المسائل التي هي حق خالص للعبد.
- (٣) عدم جواز التحكيم فيما هو دائر بين كونه من حقوق الله تعالى وكونه حق العبد، وذلك لقدرة القاضي التي تفوق هذه الأمور تغليباً لحق الله تعالى على حق العبد، ولا يقال أنه إذا كان الأمر دائراً بين كونه حق الله وحق العبد يغلب حق العبد، لغنى الله وحاجة العبد لأنه يمكن القول بأن هذا يصح ويقبل في غير التحكيم أما في التحكيم فلا يقبل لأن مصلحة العبد في مثل هذه الأمور تتحقق في حالة الفصل بالقضاء لما يتميز به القضاء من مميزات لا توجد في التحكيم، ولما يتوافر للقاضي من امكانيات الوصول إلى الحق التي قد لا تتوافر للمحكم.

مسئلة: ما الحكم إذا حكم المحكم فيما ليس له أن يحكم فيه؟

الجواب عن هذا في المطلب التالي:

المطلب الرابع

حكم المحكم فيما ليس له أن يحكم فيه

حكم المحكم لا يخلو من حالتين: إما أن يحكم فقط، وإما أن يحكم وينفذ.

الحالة الأولى: إذا حكم ولم ينفذ:

اختلف الحكم في هذه الحالة على أقوال:

الأول: ذهب المالكية في قول، والشافعية في قول إلى أن المحكم إذا حكم فيما ليس له أن يحكم فيه نفذ حكمه فيه، ولكن ينهيه الإمام عن العودة.

الثاني: ذهب المالكية في القول الثاني إلى أنه إذا حكم فيما ليس له أن يحكم فيه ينقض حكمه، وينهى عن العودة من جهة الإمام^(١).

الحالة الثانية: إذا حكم ونفذ:

يرى المالكية في هذه الحالة أن المحكم لو حكم فيما ليس له أن يحكم فيه، وأقام ذلك بنفسه، فقتل أو اقتص أو ضرب الحد، أدبه السلطان وزجره، ونفذ ما كان صواباً من حكمه، وصار المحدود بالقذف محدوداً والتلاعن ماضياً^(٢).

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٤٤، الزخيرة للقرافي ج ١٠ ص ٣٧، المنتقى للبايجي ج ٥ ص ٢٢٨، ٢٢٩، شرح أدب القضاء لابن أبي الدم ج ١ ص ٤٣٠.
(٢) تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٤٤، الزخيرة للقرافي ج ١٠ ص ٣٧.

المبحث السادس

مدى نفاذ حكم المحكم ونطاقه

إذا كان حكم المحكم لازم للخصمين كما تقدم، فهل هذا يعنى أن الحكم يصبح محصناً بمعنى أنه لا ينقص من جهة القاضى، أو من جهة حكم آخر فما نطلق هذا النفاذ، هذا ما سيتضح فيما يأتى:

أولاً: نقض حكم المحكم:

لتوضيح هذه المسألة يتعين بيان أمرين:

الأول: إذا كان جوراً بيناً لم يختلف فيه أهل العلم:

اتفق الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة على أن للقاضى أن ينقض حكم الحكم إذا كان حكمه جوراً بيناً لم يختلف فيه أهل العلم، فإذا كان حكمه جوراً لم يختلف فيه أهل العلم، قضى القاضى ببطلانه^(١).

وهذا الحكم مبناه القياس على حكم القاضى، فإذا كان حكم القاضى ينقض إذا كان جوراً بيناً فكذلك حكم الحكم ينقض إذا كان جوراً بيناً.

(١) وهذا إذا كان حكمه فيما يجوز له أن يحكم فيه، أما إذا كان حكمه وارداً فيما لا يجوز له أن يحكم فيه، فلا يجوز تحكمه فيه، ولا يجوز حكمه من باب الأولى، انظر فتح القدير على الهداية ج ٧ ص ٣١٧، المبسوط للسرخسى ج ١٦ ص ١١١، الزخيرة للقرافى ج ١٠ ص ٣٥، تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٤٤.

الثانى: إذا لم يكن جوراً:

إذا عدل المحكم فى حكمه، ولم يكن جوراً، فيل يجوز للقاضى إذا رفع اليه هذا الحكم من المحكم أو من الخصوم أن ينقضه أم لا، وكذلك إذا رفع إلى حكم آخر هل يجوز له أن ينقضه ويحكم بخلافه أم لا، للإجابة على هذا السؤال أقول: اختلف الفقهاء فى هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

ذهب الشافعية^(١)، والحنابلة^(٢)، والمالكية^(٣)، فى قول إلى عدم جواز نقض حكم الحكم من جهة القاضى أو من جهة حكم آخر سواء كان حكمه موافق لمذهب القاضى أو الحكم الآخر أم لا، وسواء كان موافقاً لمذهب الخصوم أم لا. وجاء فى معنى المحتاج ما يفيد ذلك بما نصه (ويمضى حكم المحكم كالقاضى، ولا ينقض إلا بما ينقض به قضاء غيره)^(٤).

وجاء فى شرح منتهى الارادات فى شأن حكم المحكم ما نصه (ويلزم الحاكم قبوله وكتابه ككتاب من ولاه الامام)^(٥).

(١) المجموع شرح المذهب ج ٢٢ ص ٣٢٥، معنى المحتاج للشرى ج ٤ ص ٣٧٩.

(٢) شرح منتهى الارادات ج ٣ ص ٤٦٧.

(٣) تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٤٤.

(٤) معنى المحتاج للشرى ج ٤ ص ٣٧٩.

(٥) شرح منتهى الارادات للبهوتى ج ٣ ص ٤٦٧.

وجاء في تبصرة ابن فرحون ما نصه: (ثم إذا حكم المحكم فليس لأحدهما أن ينقض حكمه، وإن خالف مذهبه إلا أن يكون جوراً بينا لم يختلف فيه أهل العلم)^(١).

القول الثاني:

وذهب الحنفية إلى القول بجواز نقض حكم المحكم مطلقاً، سواء كان حكمه موافقاً لمذهب الخصوم أم لا، وسواء كان موافقاً لمذهب القاضى أو الحكم الآخر أم لا.

فجاء فى الهداية: (وإذا رفع حكمه إلى القاضى فوافق مذهبه أمضاه لأنه لا فائدة فى نقضه ثم فى إبرامه على ذلك الوجه، وإن خالف مذهبه أبطله لأن حكمه لا يلزمه لعدم التحكيم منه)^(٢).

وهذا كما ترى لا يفيد الإلزام، إنما غايته إذا كان حكمه موافقاً لمذهب القاضى أن لا داعى لنقضه والحكم به مرة أخرى بنفس الوجه الذى حكم به المحكم.

القول الثالث:

وذهب المالكية فى القول الثانى إلى عدم جواز نقض حكم المحكم إذا كان موافقاً لمذهب الخصمين، وجواز نقضه إذا كان مخالفاً لمذهب الخصمين.

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٤٤.

(٢) فتح القدير على الهداية ج ٧ ص ٣١٧، المبسوط للسرخسى ج ١٦ ص ١١١.

وجاء في الزخيرة للقرافي ما يفيد ذلك فجاء فيها (وإذا كان من أهل الاجتهاد ومالكيا، ولم يخرج بإجتهاده عن مذهب مالك لزم حكمه، وإن خرج والخصمان، مالكيان لم يلزمهما)^(١). واستدل أصحاب المذهب الأول لما ذهبوا إليه بالكتاب والسنة والمعقول.

أولاً - الكتاب:

قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾^(٢).

وجه الدلالة من الآية:

أن التحكيم عقد فيجب الوفاء به كسائر العقود^(٣).

ثانياً - السنة:

وهي ما روى أن النبي - ﷺ - قال: (من حكم بين اثنين تراضيا فلم يعدل بينهما فهو ملعون)^(٤).

وجه الدلالة من الحديث: أن الحديث يدل على الزام حكم الحكم وإلا لما لعن الحكم في حالة الجور لأنه يكون لهما ترك حكمه في حالة الجور^(٥).

ثالثاً - المعقول:

ووجه القياس على حكم القاضي فكما يلزم حكم القاضي فكذلك حكم الحكم^(٦).

(١) الزخيرة للامام القرافي ج ١٠ ص ٣٦.

(٢) الآية/ ١ من سورة المائدة.

(٣) الزخيرة للقرافي ج ١٠ ص ٣٥.

(٤) الحديث سبق تخريجه.

(٥) الزخيرة للقرافي ج ١٠ ص ٣٥، المجموع شرح المهذب ج ٢٢ ص ٣٢٥.

ولأنه حكم قد صح ولزم فلم يكن له نسخة لمخالفته رأيته^(١).

واستدل اصحاب القول الثانى بالمعقول ووجهه أنه ليس للمحكمين ولاية على القاضى، وانما ولايتهما قاصرة على أنفسهما فقط. فلا يلزم حكمه على القاضى ولأن تقليدهما إياه بمنزلة اصطلاحهما على شئ فى المجتهدين كان للقاضى أن يبطله أو ينفذه فكذا هذا^(٢).

واستدل أصحاب القول الثالث بالمعقول ووجهه أن المحكمين حكماء ليحكم على مذهبهما فإذا خرج عن مذهبهما لم يلزمهما^(٣).

القول المختار:

الناظر فيما تقدم من أقوال الفقهاء، وما استدلوا به يجد النفس تطمئن إلى الأخذ بما ذهب إليه جمهور الفقهاء وذلك للأمور الآتية:-

(١) أن الحكم يشترط فيه ما يشترط فى القاضى كما سبق، وهذا يعنى أن الحكم قاضى من جهة الحكم وإن لم يكن قاضيا من حيث التولية، وإذا كان كذلك فليس أقل من نفاذ حكمه إذا لم يكن منظوريا على جور.

(١) الزخيرة للقرافى ج ١٠ ص ٣٥.

(٢) المجموع شرح المذهب ج ٢٢ ص ٣٢٥.

(٣) فتح القدير والعناية على الهدية ج ٢ ص ٣١٧، المبسوط للسرخسى ج ١٦ ص ١١١.

(٣) الزخيرة للقرافى ج ١٠ ص ٢٦.

(٢) انه إذا كان التحكيم صلح من حيث المعنى كما يقول الحنفية والصلح يتم وينفذ بمجرد التصالح وليس التحكيم أقل درجة من الصلح.

(٣) ان الرضا بتحكيم شخص يعنى الرضا بحكمه دون حكم غيره ورضاهما يعنى عدم رضاهما برفع الخصومة أمام القاضى أما رهبة منه أو عدم الثقة فى حكمه إذ ليس كل قاض يعدل.

(٤) ان القول بعدم نفاذ حكم الحكم من جهة القاضى أو من جهة حكم آخر يترتب عليه عدم جدوى التحكيم.

(٥) ان القول بنقض حكم الحكم يترتب عليه عدم استقرار الأحكام وخاصة إذا كان المحكم مجتهدا.

والله أعلم،

ثانياً - نطاق حجية حكم المحكم:

سبق أن تبين عموم ولاية القاضى، وخصوص ولاية المحكم أو قصورها، وهذا معناه أن حكم القاضى ينفذ فى مواجهة الناس كافة بخلاف حكم الحكم الذى يقتصر أثره على المحكمين فقط، ومن ثم فحكم الحكم لا يمتد أثره على غير المحكمين، وبعبارة أخرى أن حجية حكم المحكم لا تمتد إلى غير المحكمين^(١)، ولتوضيح ذلك إليك بعض الأمثلة.

(١) انظر هذا المعنى فى: أدب القضاء لابن أبى الدم جـ ١ ص ١٤٧ فتح القدير والعناية على الهداية جـ ٧ ص ٣١٧، البحر الرائق لابن نجيم جـ ٧ ص ٢٨.

(١) فى حالة التحكيم فى عيب بالمبيع، فلو أن البائع والمشتري اختلفا فى عيب اطلع عليه المشتري وحكما فيه شخصا آخر فحكم الحكم برده على البائع الثانى فليس للبائع الثانى أن يرده على البائع الأول الذى اشترى منه، إلا أن يتراضى البائع الأول والثانى والمشتري على تحكيمه فحينئذ يرده على الأول.

(٢) فى حالة التحكيم فى عيب بمشتري من الوكيل، فلو أن الوكيل بالبيع اختصم مع المشتري منه فى العيب فحكم بينهما رجلا فحكم برد المبيع على الوكيل فهذا الحكم لا يلزم الموكل إذا كان العيب يحدث مثله إلا أن يرضى الموكل بتحكيمه معهما.

(٣) فى حالة التحكيم فى القتل الخطأ والحكم بالدية على العاقلة فإذا حكم المحكم لا ينفذ حكمه على العاقلة فى هذه الحالة لأنه لا ولاية له عليهم إذ لا تحكيم من جهتهم^(١).

وهذه القاعدة وهى عدم تعدى حكم المحكم إلى غير المحكمين يرد عليها بعض الاستثناءات التى تمثل اختلافا لوجهات نظر بعض الفقهاء، وهذه الاستثناءات يطول الكلام فيها ولا يتسع المقام لذكرها^(٢).

(١) فتح القدير والعناية على الهداية ج ٧ ص ٣١٩.

(٢) المرجع السابق نفس الصحيفة، الحاوى الكبير للمارودى ج ١٦ ص ٣٢٧ أدب القضاء لابن أبى الدم ج ١ ص ١٤٧.

المبحث السابع

طرق حكم المحكم واثباته

أولاً - طرق حكم المحكم:

طرق اثبات المحكم لا تختلف عن وسائل اثبات القاضى. وعلى هذا فيجوز للحكم أن يسمع البينة، ويقضى بها لأنه لما صار حكماً عليهما بتسليطهما جاز أن يسمع البينة. كذلك يجوز للحكم أن يقضى بالنكول، والاقرار، لأن ذلك موافق للشرع.

أيضاً يجوز للحكم أن يخبر باقرار أحد الخصمين بأن يقول له اعترفت عندى لهذا بكذا.

كذلك يجوز للحكم أن يخبر بعدالة الشهود مثل أن يقول: قامت عندى عليك بينة لهذا بكذا فعدلوا عند وقد الزمتك وحكمت به لهذا عليك، وحتى ولو أنكر المقضى عليه أن يكون أقر عنده بشئ، أو قامت عنده عليه بينه بشئ لم يلتفت إلى قوله وينفذ حكمه، وذلك لأن الحكم يملك انشاء الحكم عليه بذلك، فيملك الاخبار به قياساً على القاضى إذا قال فى قضائه لانسان قضيت عليك لهذا بكذا بإقرارك أو ببينه قامت عندى على بذلك، فانه يصدق فى هذا كله، ولا يلتفت إلى انكار المقضى عليه، فكذا ها هنا^(١).

(١) فتح القدير والعناية على الهداية ج٢ ص ٣٢٠.

هذا بالنسبة للطرق التي يستعين بها الحكم للحكم، أما بالنسبة للوسائل التي يثبت بها المحكم حكمه فإليك توضيحها:
كيفية إثبات حكم المحكم على المحكمين:

حتى يثبت حكم المحكم على المحكمين، ويقبل قوله عليهما، يتعين عليه أن يشهد به في المجلس الذي حكم فيه قبل التفرق، وذلك لأن قوله لا يقبل عليهما بعد الافتراق، كما لا يقبل قول القاضى بعد العزل.

فإذا حكم المحكم، وجد أحدهما أو كلاهما حكمه بعد التفرق عن المجلس لم يقبل المحكم إلا بالبينة، فإذا لم يكن قد شهد على حكمه في مجلسه وحصل الجحود لم يقبل قوله. أما إذا حصل الجحود في المجلس بأن قال أحدهما أو كلاهما لم يحكم بينهما، وقال المحكم حكمت صدق الحكم أما بعد المجلس فلا يقبل قوله، وذلك لأن الحكم يملك انشاء الحكم ما دام في المجلس، ولا يملكه بعد ذلك^(١).

(١) مغنى المحتاج للشربيني ج٤ ص ٣٧٩، شرح منتهى الارادات ج٣ ص ٤٦٧، الحاوى الكبير للماوردي ج١٦ ص ٣٢٧، فتح القدير على الهداية ج٧ ص ٣٢٠، البحر الرائق لابن نجيم ج٧ ص ٢٨.

المبحث الثامن

من لا يجوز الحكم لهم وعليهم

لما كان الحكم يأخذ بعض صفات القاضى والشاهد، ويشترط فيه ما يشترط فيهما من حيث عدم التهمة فى حكمه كان من المتعين أن لا يحكم لبعض الأشخاص أو عليهم دفعا للتهمة عن حكمه، وعلى هذا فلا يجوز أن يحكم لهؤلاء الأشخاص أو عليهم، وذلك على هذا النحو.

أولاً - من لا يجوز أن يحكم لهم:

لا يجوز للمحكم أن يحكم لمن لا يجوز أن شهد لهم كأصوله مثل الأبوين وفروعه كأولاده، وزوجته، قياساً على حكم القاضى، والشهادة لهم، وذلك لتوافر التهمة فى الحكم والشهادة لهم، هذا بالنسبة للحكم لهم، أما الحكم عليهم فيجوز لانتفاء التهمة فى حكمه عليهم.

وقيد بالأصول والفروع والزوجة، وذلك لأن الحكم للأخوة وأولادهم، والأعمام جائز لأن شهادته لهم جائزة، وكذلك بالنسبة لأبى امرأته، وزوج ابنته.

ثانياً - من لا يجوز أن يحكم عليهم:

كذلك لا يجوز للمحكم أن يحكم على عدوه، لكونه لا يجوز أن يشهد عليه، للتهمة، في شهادته وحكمه عليه، أما لو حكم له فيجوز لانعدام التهمة قياساً على الشهادة^(١).

ثالثاً - حكم ما لو حكم لمن لا يجوز أن يشهد له:

تقدم أنه لا يجوز للحكم أن يحكم لأصوله وفروعه للتهمة، ولكن ما الحكم لو حكم لأحد هؤلاء فهل ينفذ حكمه لهم أم لا؟ اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

الأول: إذا حكم المحكم لمن لا يجوز أن يحكم له لا يجوز حكمه، ويبطل وذلك قياساً على عدم جواز حكمه لأحدهم بولاية القضاء، وهذا ما يراه الحنفية، والشافعية في قول^(٢).

والثاني: إذا حكم المحكم لمن لا يجوز أن يحكم له جاز حكمه بولاية التحكيم وإن لم يجز أن يحكم له بولاية القضاء، وذلك لأن ولاية التحكيم منعقدة باختيارهما، فصار المحكوم عليه راضياً بحكمه عليه، بخلاف ولاية القضاء لأنها منعقدة بغير اختيارهما، وهذا ما يراه بعض الشافعية^(٣).

(١) البحر الرائق لابن نجيم ج٧ ص ٢٨، فتح القدير على الهداية ج٧ ص ٣٢٠، مغنى المحتاج للشربيني ج٤ ص ٣٧٩.

(٢) البحر الرائق لابن نجيم ج٢ ص ٢٨، الحاوى الكبير للماوردى، ج١٦ ص ٣٢٧.

(٣) الحاوى الكبير للماوردى ج١٦ ص ٣٢٧، المجموع ج٢٢ ص ٣٢٠.

رابعاً - حكم ما لو حكم على من لا يجوز أن يشهد عليه:

إذا حكم المحكم على من لا يجوز أن يشهد عليه كعدوه فهل ينفذ حكمه أم لا؟

اختلفت الأقوال في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

الأول: لا يجوز أن يحكم عليه بولاية التحكيم، وإذا حكم لا ينفذ حكمه كما لا يجوز أن يحكم عليه بولاية القضاء، وكما لا يجوز أن يشهد عليه هذا ما ذهب إليه الحنفية والشافعية في قول^(١).

الثاني: يجوز أن يحكم عليه بولاية التحكيم كما يجوز أن يحكم عليه بولاية القضاء، وإن كان لا يجوز أن يشهد عليه للفارق بين التحكيم والقضاء، والشهادة، وذلك لخفاء أسباب الشهادة فتقوم التهمة، وظهور أسباب الحكم فتنتفي التهمة، وهذا ما يراه بعض الشافعية.

الثالث: يجوز أن يحكم عليه بولاية التحكيم، لوقوع التحكيم باختياره وإن كان لا يجوز أن يحكم عليه بولاية القضاء لوقوع القضاء بغير اختياره، وهذا في قول لبعض الشافعية أيضاً^(٢).

وإذا ثبت ما تقدم فيما عدا هؤلاء الأشخاص الذين تقوم التهمة في حالة الحكم لهم وعليهم، يجوز للمحكم أن يحكم لهم وعليهم لعدم وجود التهمة، فخلص مما تقدم أن جواز الحكم لبعض الأشخاص أو عليهم، أو عدم جوازه يدور مع وجود التهمة وانتفاؤها، فإذا ما قامت التهمة امتنع الحكم، وإذا تخلفت أو انتفت جاز الحكم.

والله أعلم،،،

(١) البحر الرائق ج٧ ص ٢٨، فتح القدير على الهداية ج٧ ص ٣٢٠، الحاوي الكبير للماوردي ج١٦ ص ٣٢٧.

(٢) الحاوي الكبير للماوردي ج١٦ ص ٣٢٨.

المبحث التاسع عزل المحكم

لما كان انعقاد التحكيم يتم بإرادة ورضا المحكمين كان من البديهي أن يتم عزل المحكم من جهتهما قبل أن يحكم بينهما، فإذا حكم لازم حكمه كما سبق على القول المختار.

وعلى هذا إذا حكما رجلا بينهما ورضيا بتحكيمه فلهما الرجوع في ذلك إلى أن يحكم بينهما ورجوعهما أو رجوع أحدهما عن التحكيم يعد بمثابة عزل للمحكم، وهذا القول باتفاق الفقهاء من الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤).

ووجه هذا: أن الحكم مقلد من جهة المحكمين، فله عزله قبل أن يحكم، قياسا على الحاكم، حيث له أن يعزل القاضي قبل أن يحكم، وقياسا على الوكالة، حيث يجوز للموكل الرجوع قبل تصرف الوكيل، فكذا يجوز للمحكمين أن يرجعوا قبل أن يحكم المحكم^(٥).

كذلك ينعزل المحكم عن التحكيم إذا فقد شرطا من شروط الأهلية الواجب توافرها فيه كما سبق.

(١) بدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص ٥، فتح القدير والعناية على الهداية ج٧ ص ٣١٧.

(٢) المنتقى للباي ج٥ ص ٢٢٧، تبصرة الحكام لابن فرحون ج١ ص ٤٤.

(٣) أدب القضاء لابن أبي الدم ج١ ص ١٤٦، الحاوي الكبير للمواردي ج١٦ ص ٣٢٦.

(٤) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ج٣ ص ٤٦٧.

(٥) فتح القدير والعناية على الهداية ج٧ ص ٣١٧، المنتقى للباي ج٥ ص ٢٢٧.

خاتمة البحث

يمكن استخلاص النتائج الآتية:

أولاً: ان الشريعة الإسلامية لها نظامها القائم بذاته والذي له خصائصه وهو عام وشامل لكل متطلبات الانسان في الحياة وفي كل العصور والأماكن.

ان أحكام الفقه الإسلامي محاطة بسياج العقيدة فلا تخضع لهوى العقل، والمصالح الخاصة لأنها مستمدة من كتاب الله وسنة رسول الله - ﷺ - ، ومن ثم فتطبيق أحكامها على الناس لا يشعرهم بغربة، ولا يحسون فيها بظلم فيقبلون أحكامها بنفس راضية، وقلب مطمئن.

ثانياً: ان علماء الفقه الإسلامي لم يهملوا موضوع التحكيم، حيث وضحو أحكامه والمراد منه.

ثالثاً: ان التحكيم أحص من القضاء، فالقاضي يجوز له أن يقضى في جميع الخصومات، بخلاف التحكيم الذي يجوز في بعض الخصومات دون البعض.

رابعاً: ان علماء الفقه الإسلامي يتوضيحه أحكام التحكيم أعطوا الخصوم حق الاختيار بين اللجوء إلى القضاء واختيار من يفصل بينهم بمحض إرادتهم فيما يجوز التحكيم فيه.

خامساً: قد بين الفقهاء ما يجوز التحكيم فيه وما لا يجوز حتى يكون هناك فارق بين التحكيم والقضاء.

سادساً: أيضاً أعطى فقهاء المسلمين التحكيم الذى يكون بأمر
الامام حكم القضاء والمحكم صفة القاضى، وحكمه
كحكمه.

سابعاً: أيضاً اشترط فقهاء الشريعة استمرار تراضى المحكمين
بالتحكيم إلى حين الحكم فى الخصومة حتى لا يكون
الحكم على احدهما بغير رضاه.

ثامناً: أيضاً بين الفقهاء موقف القضاء تجاه حكم المحكم من
حيث جواز نقضه وعدمه.

كذلك يجب الحث على العمل بأحكام هذا العقد عند تعيين
اللجان الخاصة بالتحكيم بين الناس والتقيد بها فيما يجوز من
غير الحدود والقصاص حتى يتسنى اعانة القضاء ورفع العناء
عن كاهله، واثاحة القضاء الفرصة الكافية للفصل فى الأمور
التي تحتاج إلى كثير بحث لإثباتها، سواء فى المعاملات المالية،
أو غيرها.

مراجع البحث

أولاً: كتب اللغة:

١- لسان العرب لأبى الفضل جمال الدين محمد بن مكرم المعروف بابن منظور.

٢- المعجم الوجيز - لمجمع اللغة العربية.

ثانياً: كتب السنة:

٣- الترغيب والترهيب للإمام الحافظ زكى الدين عبد العظيم بن عبد القوى المنذرى- المتوفى سنة ٦٥٦هـ.

٤- تلخيص الحبير فى تخريج أحاديث الرافعى الكبير لأبى الفضل شهاب الدين أحمد بن على بن حجر العسقلانى.

٥- سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام للإمام محمد بن إسماعيل الصنعائى المتوفى سنة ١١٨٢هـ.

٦- سنن أبى داود للإمام سليمان بن الأشعث السجستانى المتوفى سنة ٢٩٧هـ، تحقيق محمد محى الدين عبد الحميد.

٧- سنن ابن ماجة للإمام أبى عبد الله محمد بن يزيد بن ماجة القزوينى المتوفى سنة ٢٧٥هـ.

٨- سنن البيهقى (السنن الكبرى) للإمام أبى بكر أحمد بن الحسين البيهقى النيسابورى المتوفى سنة ٤٥٨هـ.

٩- سنن الترمذى (الجامع الصحيح) لأبى عيسى بن محمد بن عيسى ابن سورة المتوفى سنة ٢٩٧هـ.

١٠- سنن النسائى للإمام أحمد بن شعيب النسائى المتوفى سنة ٣٠٣هـ.

- ١١- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للحافظ نور الدين على بن أبي بكر الهيثمي المتوفى سنة ٨٠٧هـ.
- ١٢- المستدرک على الصحيحين لأبى عبد الله محمد النيسابورى.
- ١٣- مسند الامام أحمد بن حنبل لأبى عبد الله أحمد بن حنبل.
- ١٤- نصب الراية لأحاديث الهداية للإمام جمال الدين أبى محمد عبد الله ابن يوسف الحنفى الزيلعى المتوفى سنة ٧٦٢.
- ١٥- نيل الأوطار بشرح منتقى الأخبار للإمام بن على الشوكانى المتوفى سنة ١٢٥٠هـ.

ثالثاً: كتب الفقه:

كتب فقه الحنفية:

- ١٦- البحر الرائق شرح كنز الدقائق للإمام زين الدين ابن نجيم الحنفى.
- ١٧- بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للإمام علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى المتوفى سنة ٥٨٧هـ.
- ١٨- البناية شرح الهداية لأبى محمد محمود بن أحمد العينى.
- ١٩- حاشية سعد حلبى على الهداية مع فتح القدير.
- ٢٠- الدر المختار للعلامة علاء الدين محمد بن على بن محمد بن على الحصفكى المتوفى سنة ١٨٠٨م.
- ٢١- رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين) للعلامة محمد أمين الشهير بابن عابدين المتوفى سنة ١٢٥٥هـ.

٢٢- العناية على الهداية للإمام أكمل الدين محمد بن محمود
البايرتي المتوفى سنة ٧٨٦هـ.

٢٣- فتح القدير على الهداية للإمام كمال الدين محمد بن عبد
الواحد السواسي المعروف بابن الهمام المتوفى سنة ٦٨١هـ.

٢٤- المبسوط لشمس الأئمة أبي بكر محمد بن أبي سهل
السرخسي المتوفى سنة ٤٨٣هـ.

٢٥- نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار (تكملة فتح
القدير) لشمس الدين المعروف بقاضي زاده.

٢٦- الهداية شرح بداية المبتدى للإمام برهان الدين أبي الحسن
علي بن عبد الجليل أبي بكر الفرغاني الميرغيناني المتوفى
سنة ٥٩٣هـ.

كتب فقه المالية:

٢٧- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام للإمام
أبي الوفا إبراهيم بن الإمام شمس الدين أبي عبد الله محمد
بن فرحون اليعمرى المالكي.

٢٨- الزخيرة لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي تحقيق
الاستاذ محمد أبو خبزة المتوفى سنة ٦٨٤هـ.

٢٩- المنتقى شرح الموطأ للإمام أبي الوليد سليمان بن خلف بن
سعد بن أيوب بن وارث الباجي المتوفى ٤٩٤هـ.

كتب فقه الشافعية:

٣٠- أدب القضاء لشهاب الدين أبي اسحاق إبراهيم بن عبد الله الهمداني الحموي المعروف بابن أبي الدم الشافعي المتوفى سنة ٦٤٢هـ.

٣١- تكملة المجموع شرح المذهب للشيخ محمد نجيب المطيعي.

٣٢- الحاوي الكبير شرح مختصر المزني للامام أبي الحسن علي بن محمد ابن حبيب الماوردي البصري.

٣٣- المجموع شرح المذهب للشيخ محي الدين النووي.

٣٤- متن المنهاج لأبي زكريا يحيى شرف النووي.

٣٥- مغني المحتاج للشيخ محمد الشربيني الخطيب.

٣٦- المذهب للامام الفيروزابادي الشيرازي.

كتب فقه الحنابلة:

٣٧- شرح منتهى الارادات للشيخ منصور بن يوسف بن إدريس البهوتي.

٣٨- المغني والشرح الكبير على متن المقنع للإمامين موفق الدين وشمس الدين ابني قدامة.

فهرس الموضوعات

رقم الصفحة	الموضوع
٥٢٢	المقدمة:
٥٢٣	أهمية البحث:
	المبحث الأول
٥٢٥	تعريف التحكيم، وركنه، ووصفه الشرعى، ودليله
٥٢٥	أولاً: تعريف التحكيم:
٥٢٦	ثانياً: ركن التحكيم:
٥٢٦	ثالثاً: الوصف الشرعى للتحكيم:
	المبحث الثانى
٥٣١	الفرق بين القضاء والتحكيم
	المطلب الأول: الفرق بين التحكيم بتولية الأمام والتحكيم بتولية الخصمين:
٥٣١	المطلب الثانى: أوجه الاتفاق بين القضاء والتحكيم
٥٣٢	المطلب الثالث: أوجه الفرق بين القضاء والتحكيم
	المبحث الثالث
٥٣٣	شروط التحكيم
٥٣٣	أولاً: ما يرجع إلى الحكم من شروط
٥٣٣	(١) الإسلام:
٥٣٤	(٢) الحرية:
٥٣٤	(٣) العقل:
٥٣٥	(٤) الذكورة:
٥٣٧	(٥) البلوغ:
٥٣٨	(٦) العدالة:
٥٣٩	(٧) المحدود فى قذف:

تابع فهرس الموضوعات

رقم الصفحة	الموضوع
٥٣٩	(٨) البصر:.....
٥٣٩	(٩) النطق:.....
٥٤٠	(١٠) السمع:.....
٥٤٠	أقوال الفقهاء في اشتراط أهلية الاجتهاد
٥٤٣	ثانياً: ما يرجع إلى المحكمين من شروط :
٥٤٣	(١) العقل :
٥٤٤	(٢) الرضا بالتحكيم :
٥٤٤	ثالثاً : ما يرجع إلى الشئ محل التحكيم :.....
	المبحث الرابع
٥٤٥	صفة التحكيم
٥٤٥	أولاً: التحكيم بعد التعاقد قبل النظر في الخصومة :....
	ثانياً : التحكيم بعد التعاقد بعد الشروع في النظر في
٥٤٥	الخصومة :.....
٥٤٦	ثالثاً : التحكيم بعد التعاقد إلى حين الشروع في الحكم:..
٥٤٦	رابعاً: التحكيم بعد التعاقد إلى حين الحكم :.....
٥٤٨	بم يلزم الحكم الصادر من الحكم؟.....
	المبحث الخامس
٥٥١	ما يجوز فيه التحكيم وما لا يجوز
٥٥٢	المطلب الأول: ما يجوز فيه التحكيم بالاتفاق :.....
٥٥٣	المطلب الثاني: ما لا يجوز فيه التحكيم بالاتفاق :.....
٥٥٤	المطلب الثالث: الأمور المختلف فيها :
٥٥٨	المطلب الرابع : حكم المحكم فيما ليس له أن يحكم فيه:

تابع فهرس الموضوعات

رقم الصفحة	الموضوع
	المبحث السادس
٥٥٩	مدى نفاذ المحكم ونطاقه
٥٥٩	أولاً: نقض حكم المحكم:
٥٥٩	الأول: إذا كان جوراً بيناً لم يختلف فيه أهل العلم.
٥٦٠	الثاني: إذا لم يكن جوراً:
٥٦٤	ثانياً: نطاق حجية حكم المحكم:
٥٦٥	(١) في حالة التحكيم في عيب بالمبيع:
٥٦٥	(٢) في حالة التحكيم في عيب بمشترى من الوكيل
٥٦٥	(٣) في حالة التحكيم في القتل الخطأ، والحكم بالدية على العاقلة:
	المبحث السابع
٥٦٦	طرق حكم المحكم، وإثباته
٥٦٦	أولاً: طرق حكم المحكم:
٥٦٧	ثانياً: كيفية إثبات حكم المحكم على المحكمين:
	المبحث الثامن
٥٦٨	من لا يجوز الحكم لهم وعليهم
٥٦٨	أولاً: من لا يجوز أن يحكم لهم:
٥٦٩	ثانياً: من لا يجوز أن يحكم عليهم:
٥٦٩	ثالثاً: حكم ما لو حكم لمن لا يجوز أن يشهد له:
٥٧٠	رابعاً: حكم ما لو حكم على من لا يجوز أن يشهد عليه
	المبحث التاسع
٥٧١	عزل المحكم
٥٧٢	خاتمة البحث:
٥٧٤	مراجع البحث:
٥٧٨	فهرس الموضوعات: